

- בעניין:
1. חסונה, ת"ז תושב השטחים הכבושים
 2. חסונה, ת"ז קטין, באמצעות אביו, העותר 1
 3. חסונה, ת"ז קטינה, באמצעות אביה, העותר 1
 4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע"ר 580163517
- ע"י ב"כ עוה"ד בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398)
- מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית
 2. מתאם פעולות הממשלה בשטחים
- ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים
רח' צלאח אל-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא יתירו את מעברם של העותרים 2-3 מרצועת עזה לגדה המערבית, על מנת שיוכלו להתגורר ולחיות שם עם אביהם, העותר 1.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**), הוא פלסטיני יליד 1964, המתגורר בעיר קלקיליה שבגדה המערבית וכתובתו אף רשומה במרשם האוכלוסין בהתאם. העותר עובד כסוחר בדים ובעלותו מפעל תפירה בקלקיליה שבגדה המערבית.
2. מתוקף עבודתו יש לעותר שיתוף פעולה עסקי עם סוחרים מישראל ומשכך, מחזיק העותר בהיתר כניסה לישראל.
- העתק היתר הכניסה לישראל מצורף ומסומן **ע/1**.
3. העותר התחתן עם גב' הוידי ז"ל, ת"ז . בני הזוג התגוררו ברצועת עזה ובמהלך נישואיהם נולדו להם שני ילדים, הם העותרים 2-3: עודי בן ה-17 והאלה בת ה-15 (להלן: **הילדים**).
4. ביום 12.2.2003 נפטרה אשתו של העותר ממחלת הסרטן כשהיא בת 32 בלבד. הילדים נותרו מיותמים מאמם וגדלו בחברתו של אביהם, שהיה להם לאב ואם ודאג לכל צרכיהם, עד שנאלץ

לעבור לגדה המערבית, עקב המצב הכלכלי הקשה ברצועת עזה ועל מנת שיוכל לפרנס בכבוד את משפחתו.

העתק תעודת הפטירה של אם הילדים מצורף ומסומן ע/2.

5. הילדים נותרו תחת השגחתה של אשתו של סבם, שהיא היום קשישה בת 80, שכבר אין ביכולתה לטפל בהם ולדאוג כראוי לצרכיהם.

6. כיום, ולאחר שביסס את מעמדו בגדה המערבית מבחינה כלכלית, מבקש העותר לאחד את משפחתו, ולאפשר לילדיו להתגורר יחד איתו בביתו בגדה המערבית, לאחר שלא ראה אותם מזה מספר שנים, על מנת שיוכלו לנהל חיי-אנוש נורמאליים ככל האפשר.

7. יצוין, כי משך השנים שמר העותר על קשר טלפוני הדוק עם ילדיו, וחיכה בכליון עיניים ליום בו יוכל לאחד את משפחתו תחת קורת גג אחת בביתו בגדה המערבית.

8. העותרת 4 (להלן: **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים.

9. המשיב 1 הוא המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית, מטעם מדינת ישראל, המחזיקה בגדה המערבית תחת כיבוש צבאי מזה למעלה מארבעים ושבע שנים.

10. המשיב 2, מתאם פעולות הממשלה בשטחים, הוא האחראי על יישום מדיניות ישראל בגדה המערבית וברצועת עזה, וממונה, בין היתר, על מנהלת התיאום והקישור לרצועת עזה.

מיצוי הליכים

11. ביום 29.9.2014 פנה המוקד להגנת הפרט לקצין פניות הציבור במינהל האזרחי, וביקש כי יאפשרו לילדי העותר לעבור מרצועת עזה לגדה המערבית, על מנת שיוכלו להתאחד עם אביהם ולתגורר איתו תחת גורת גג אחת.

העתק פניית המוקד מיום 29.9.2014 מצורף ומסומן ע/3.

12. ביום 5.10.2014 נערכה שיחה טלפונית בין נציגת המוקד לבין קפ"ץ מנהא"ז, בה מסר האחרון כי פניית המוקד מיום 29.9.2014 לא התקבלה במשרדי המינהל האזרחי. עוד באותו יום שיגרה נציגת המוקד את הפנייה בשנית למשרדי קפ"ץ מנהא"ז.

העתק פניית המוקד מיום 5.10.2014 מצורף ומסומן ע/4.

13. ביום 4.11.2014 נערכה שיחת טלפון נוספת בין נציגת המוקד לבין קפ"ץ מנהא"ז, בה מסר האחרון כי הבקשה נמצאת בטיפול המוקד ההומניטארי במת"ק עזה.

14. ביום 12.11.2014 פנה המוקד למוקד ההומניטארי במת"ק עזה, פירט את השתלשלות העניינים, עידכן כי ילדי העותר הגישו בקשה באמצעות הוועדה האזרחית הפלסטינית לאפשר את מעברם מרצועת עזה לגדה המערבית וביקש להתיר את מעבר ילדי העותר בדחיפות.

העתק פניית המוקד מיום 12.11.2014 מצורף ומסומן ע/5.

15. ביום 30.11.2014 התקבלה תשובה מטעם המשיבים, בה הם מודיעים כי בקשתם של הילדים סורבה, בטענה כי אינה עומדת בקריטריונים.

העתק תשובת המשיבים מיום 30.11.2014 מצורף ומסומן ע/6.

16. בנסיבות אלה, כשבקשתם של ילדי העותר סורבה, לא נותר לעותרים אלא לפנות לבית המשפט.

הטיעון המשפטי

א. הזכות לחיי משפחה, טובת הילד, וזכות העותר להורות

17. הזכות לחיי משפחה מאגדת בתוכה את השמירה על האופי האינהרנטי הטמון במרקם הייחודי של המשפחה, בין היתר תמיכה, עידוד מוראלי ועזרה פיזית, הגשמה עצמית, זהות. כך בדרך כלל וכך, ביתר שאת, בנסיבות עתירה זו, ולנוכח הקרע שנוצר בין העותר לילדיו הקטינים, שנתרו מיותמים מאם, ללא מבוגר אחראי שיכול לדאוג להם ובעצם ללא תא משפחתי.

18. בית המשפט העליון חזר והדגיש את חשיבותה הרבה של הזכות לחיי משפחה בפסקי דין רבים, ובמיוחד בפסק הדין אשר ניתן בעניין **עדאלה**. כך, למשל, כותב הנשיא ברק, בסעיף 25 לפסק דינו:

חובתנו הראשונית והבסיסית לקיים, לטפח ולשמור על התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמר ומבטיח את קיומה של החברה האנושית - הלוא היא המשפחה הטבעית...

הקשר המשפחתי... מונח ביסוד המשפט הישראלי. למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם

(בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2) 1754 (2006)).

ובהקשר אחר נאמר כי:

ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות.

(בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים** פ"ד נג(2) 728, 787).

19. תקנה 46 לתקנות האג, המהווה דין בינ"ל מנהגי, קובעת:

יש לכבד את כבוד המשפחה וזכויותיה, חיי אדם, רכוש פרטי, וכן את אמונות-הדת ומנהגי הפולחן.

20. גם במשפט הבינלאומי ההומניטארי המנהגי, הזכות לחיי משפחה מהווה זכות יסוד:

Family life must be respected as far as possible.

(Henckaerts J.M. Doswald-Beck L. Customary International Humanitarian Law. Vol I: Rules. ICRC (2005). pp. 379-383).

ר' עוד: סעיף 27 לאמנת גינבה הרביעית 1949; סעיף 10 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות 1966; סעיפים 17 ו-23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966; סעיף 12 וסעיף 16(3) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם 1950.

21. קיומה של האמנה הבינלאומית לזכויות הילד (1989), אשר אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, וחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, חיזקו את מעמדו של הילד כנושא זכויות עצמאי, וכאישיות עצמאית במשפט.

22. בפסיקה העליונה הודגש לא אחת, כי כאשר דנים בטובת הילד, יש לתת משקל רב ביותר לשיקול זה. עיקרון טובת הילד הינו שיקול נוסף שעל המשיבים להתחשב בו עת הם דנים בבקשת העותרים לפגוש את אביהם, הנמצא בגדה. חשובים לעניינו דבריו של כב' השופט זילברג:

מבחן טובת הילדים הוא עקרון שאין למעלה הימנו... הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר. כי משהתרומם המחוקק לדרגת התפיסה המודרנית - ובתפיסה מודרנית זו נוקטים חכמי ישראל זה עידן ועידנים - כי הילד אינו "אובייקט" של שמירה והחזקה להנאתו או לטובתו של אחד ההורים, אלא

הוא עצמו "סובייקט", הוא גופו "בעל-דין", בשאלה חיונית זו, הרי לא יתכן להתעלם מן האינטרסים שלו בשום צירוף מסיבות שהוא, ולא יתכן כי נדחה אותם מפני "זכות" של מישהו אחר, ויהא זה האב או האם שלו.

(ע"א 209/54 שטיינר נגד היועץ המשפטי, פ"ד ט(1), 241, עמ' 251-252).

ראו גם: בג"ץ 40/63 לורנץ נ' ראש הווצל"פ, פ"ד נז(3), 1709, 1717;

ע"א 549/75 פלונים נ' היועץ המשפטי, פ"ד ל(1), 459, 465;

ע"א 266/93 פלונים נ' פלוני, פ"ד מט(1), 221, 271-272.

23. בענייננו, טובת הילדים לחיות עם אביהם זועקת לשמיים, ומצוקתם בימים אלה ברורה מאליה. נראה שאין צורך להרחיב בעניין טובת ילדיו של העותר, שנותרו מיותמים מאמם ברצועת עזה, לחיות עם אביהם.

24. אין ספק בדבר הנזק שנגרם לילדי העותר כשהם חיים בנפרד מאביהם, ללא תא משפחתי וללא הורה. נזק זה הולך ומחמיר עם כל יום בו נמנע המשיב מלאפשר לילדים לעבור להתגורר עם אביהם. זאת, קל וחומר בענייננו, שכן ילדי העותר נותרו אף ללא אמם המנוחה.

25. המלומד Melton מדגיש כי ילדים אשר גרים בתנאים הקשים ביותר (בחברה בכלל, ובמשפחה בפרט) רשאים להגנה מוגברת מהמדינה בכל הנוגע לזכותם לחיי משפחה, לתמיכה פסיכולוגית, ולילדות של חירות וכבוד (dignity):

It further recognized an obligation of the government to protect parent-child relationships whenever possible and to provide special protection for children without families (Principle 6)...The Convention covers virtually every domain of children's lives, for example, 'physical, mental, spiritual, moral and social development' (art. 27, para 1)...and consistently grounded in an analysis of the requisites for the dignity of children.

26. לצד זכותם של הילדים לחיות עם אביהם, לקבל חינוך ראוי, דאגה, חום, תשומת לב ותא משפחתי אוהב, ניצבות זכותו וחובתו של העותר, אביהם, לספק את אותם צרכים לילדיו.

ראו:

ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1), 221, עמ' 237-238.

27. המשיב מונע מהעותר לממש את זכותה להורות ואבהות, לקיים את חובותי כלפי ילדיו, ולגדלם בביתו.

במסגרת יחידה זו מוטלת על כל אחד מההורים החובה לדאוג לבריאותו ולרווחתו (הפיסיות והנפשיות) של ילדם הקטין (ע"א 845/76; ע"א 137/81 (ב"ש 705/82)). יחד עם זאת, יש להם להורים גם זכויות. "אין חולק על כך כי זיקתו של ההורה לילדו אינה רק בגדר חובה אלא גם בגדר זכות" (ע"א 436/76, בעמ' 243). מהותה של זכות זו היא, כי את החובות כלפי הילד הקטין רשאים למלא ההורים - הם ולא זולתם. זכותו המשפטית של ההורה היא כי הוא, ולא אחר, יקיים את החובות כלפי ילדו [...] זכות זו של ההורים היא זכות קונסטיטוציונית חשובה, שכן היא מהווה ביטוי לקשר הטבעי - "קול-הדם" בלשונו של מ"מ הנשיא, השופט חשין, בע"א 50/55, בעמ' 799 - שבין הורים לילדיהם [...] זכות זו של ההורים אינה זכות קניין או מעין קניין. היא אך ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדים. "אין לך נכס היקר לאדם יותר מן הקשר הנפשי בין הורים וילדם הטבעי, שבו הם רואים את פרי אהבתם, עצמם ובשרם, ואת דור ההמשך הנושא בחובו את מטענם התורשתי" (השופטת בן-פורת בע"א 488/77, בעמ' 411). מציאות משפטית מיוחדת זו של זכות וחובה הכרוכות זו בזו מצאה את ביטויה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, אשר קובע, כי אפוטרופסות ההורים כוללת בחובה את "החובה והזכות" לדאוג לצורכי הקטין (סעיף 15. ראה ע"א 549/75, בעמ' 463).

(ע"א 577/83 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד לח(1), 461, עמ' 465-466).

ב. חובת המשיבים להבטיח את חייהם התקינים של העותרים

28. למשיבים חובה אקטיבית להגן על זכויותיהם של התושבים, להבטיח את חייהם התקינים ולשמור על זכויותיהם. תקנה 43 לתקנות האג, קובעת:

בעבור סמכות השלטון החוקי למעשה לידי הכובש, **עליו לנקוט בכל האמצעים שביכולתו על מנת להחזיר ולהבטיח במידת האפשר את הסדר והחיים הציבוריים...**

29. החובה להבטיח את הסדר והחיים התקינים ולפעול למען צרכי החברה חלה על כל תחומי החיים האזרחיים:

הרישא של תקנה 43 לתקנות האג מעניק לממשל הצבאי סמכות ומטיל עליו חובה להחזיר ולהבטיח את הסדר והחיים הציבוריים... אין התקנה מגבילה עצמה להיבט מיוחד של הסדר והחיים הציבוריים. היא משתרעת על הסדר והחיים הציבוריים בכל היבטיהם. **על-כן חלה סמכות זו - בצד ענייני ביטחון וצבא - גם על נסיבות "אזרחיות" רב-גוניות, כגון נסיבות כלכליות, חברתיות, חינוכיות, סוציאליות, תברואתיות, בריאותיות, תעבורתיות וכיוצא באלה עניינים, שחיי אדם בחברה מודרנית קשורים עמהם.**

(בג"ץ 393/82 ג'מעייט אסכאן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד לז(4) 785, 797 (1983)).

ג. הזכות לחופש התנועה

30. לכל אדם נתונה הזכות לנוע בתוך ארצו באופן חופשי. הזכות לחופש התנועה היא הביטוי המרכזי לאוטונומיה של האדם, לבחירתו החופשית ולמימוש יכולותיו וזכויותיו. הזכות לחופש התנועה נמנית עם הנורמות של המשפט הבינלאומי המנהגי.

ראו:

בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, תק-על 2006(1) 320, פיסקה 10;

בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל, תק-על 2005(1) 1114, פיסקה 15;

בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, תק-על 1994(1) 1139, 1147.

31. הזכות לחופש התנועה היא המנוע שמניע את מארג זכויותיו של האדם. המנוע שמאפשר לאדם לממש את האוטונומיה שלו, את בחירותיו. כאשר מגבילים את חופש התנועה נפגע אותו "מנוע" וכתוצאה מכך חלק מהאפשרויות והזכויות של אדם חדלות מלהתקיים. כבודו כאדם נפגע. מכאן החשיבות הרבה המיוחסת לזכות לחופש התנועה.

32. כאשר מגבילים אדם מלנוע בתוך שטח המדינה או הישות בה הוא מתגורר, פוגעים בחייו החברתיים, פוגעים בחייו התרבותיים ובזכויות האדם שלו, פוגעים בחופש הבחירה שלו. אותו אדם מוגבל בשאלות המהותיות ביותר של חייו: היכן יתגורר, עם מי יחלוק את חייו, היכן ילמדו ילדיו, איפה יקבל טיפול רפואי, מי יהיו חבריו, היכן יעבוד, במה יעסוק והיכן יתפלל.

33. הזכות לחופש התנועה מעוגנת גם בדין ההומניטארי הבינלאומי. אמנת גינבה הרביעית מקבעת את חופש התנועה כזכות יסוד של מוגנים, בין בשטח כבוש ובין בשטח מדינת אויב. סעיף 27 לאמנה קובע כי מוגנים יהיו זכאים בכל הנסיבות ליחס של דרך ארץ לכבודם.

34. חשוב לציין גם את סעיפים 41-43 (החלים בשטח מדינה המעורבת בקונפליקט) ו-78 (החל באזור כבוש). סעיפים אלו עוסקים בהגבלת חירות, על ידי מעצר או תיחום מקום המגורים. האמצעים הם דווקניים והשימוש בהם הוא דווקני. בא ללמדך, כי חופש התנועה של המוגנים בכל שאר

הנסיבות היה חשוב מאוד למדינות החברות. רק במקום בו יש, ככלל, חובה לכבד את חופש התנועה, יש צורך לקבוע כללים מפורשים ודווקניים להגבלתו:

סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית מהווה הן מקור להגנה על זכותו של הנעבר והן מקור לאפשרות הפגיעה בזכות זו. דבר זה בא לידי ביטוי, בין השאר, בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית עצמה, הקובעת כי האמצעים הנקבעים על ידה הם האמצעים שהמעצמה הכובשת (כלומר, המפקד הצבאי) רשאית "לכלל היותר" (at most) לבצע.

(בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1027).

35. משפט זכויות האדם הבינלאומי אף הוא מקור מחייב המעגן את חופש התנועה כזכות אדם בסיסית. כך קובע סעיף 12(א) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, אשר ישראל חתמה עליה ואשררה אותה:

אדם הנמצא כחוק בתוך שטחה של מדינה זכותו, בתוך שטח זה, לנוע ולבחור את מקום מגוריו באורח חופשי.

36. סעיף 12 הנ"ל הוא מקור מחייב. כמקור לפרשנות ראו גם סעיף 13 להכרזה האוניברסאלית על זכויות האדם וסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי מ-1963 לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם.

ד. המעבר מרצועת עזה לגדה המערבית

37. רצועת עזה והגדה המערבית הן יחידה משפטית אחת. הדבר מעוגן בחקיקה הצבאית: מנשר בדבר יישום הסכם הביניים (יהודה והשומרון), (מס' 7), התשנ"ו-1995, עיגן את הסכם הביניים בין ישראל לאש"ף ("הסכם אוסלו"), אשר קובע – כעקרון יסוד – כי הגדה והרצועה מהוות שני חלקים של יחידה טריטוריאלית אחת. הדבר אף עוגן בפסק דינו של בית משפט נכבד זה (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352).

38. גם שינויים שחלו בהיקף השליטה של ישראל על רצועת עזה עקב יישום "תכנית ההתנתקות", לא פגמו בהכרה זו. אכן, מדובר בשתי שאלות שונות – שאלת היקף חובות המשיבים כלפי אוכלוסייה אזרחית, ושאלת היותן של יחידות גיאוגרפיות אלה חלק מישות מדינית אחת (ואכן, מוכרים מקרים אחרים בהיסטוריה, בהם חולק שטחה של מדינה אחת תחת כובשים שונים, מבלי שהדבר השפיע על היותה מדינה אחת).

39. היקף השליטה הישראלית על רצועת עזה והגדה הוא שמחייב את העותרים באישור המשיבים. מכך, שלמשיבים יש חובות של ממש כלפי העותרים. חובות אלו הוכרו בפסיקת בית משפט זה, ונקבע כי לישראל חובות מיוחדות החלות על תושבי רצועת עזה. כפי שפסק בית משפט זה:

בנסיבות שנוצרו, החובות העיקריות המוטלות על מדינת ישראל ביחס לתושבי רצועת עזה נובעות ממצב הלחימה השורר בינה לבין ארגון החמאס השולט ברצועת עזה; חובות אלה נובעות גם ממידת שליטתה של מדינת ישראל במעברי הגבול שבינה לבין רצועת עזה; וכן מהמצב שנוצר בין מדינת ישראל לבין שטח רצועת עזה לאחר שנות השלטון הצבאי הישראלי באזור, אשר בעקבותיו נוצרה לעת הזו תלות כמעט מוחלטת של רצועת עזה באספקת החשמל מישראל.

(בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, 30.1.08, ס' 12 לפסק הדין).

40. כאמור, שליטת המשיבים באפשרות המעבר בין רצועת עזה לגדה המערבית גוררת מאליה חובות כלפי העותרים. כך הוכר בפסיקת בית משפט זה. המעבר בישראל מהגדה לרצועה הוא הדרך היחידה העומדת בפני העותרים למימוש זכותם לחיי משפחה ולחופש תנועה.

41. ודוק: ילדי העותר אינם מבקשים לשהות בישראל, אלא אך לעבור דרכה, בשל כורח הנסיבות שכפו עליהם המשיבים.

42. יצוין כי **זכות המעבר (The Right of Transfer/Transit)** מוכרת במשפט הבינלאומי ושונה באופן מהותי מזכות הכניסה.

43. כבר בתנ"ך ניתן למצוא את הגישה, לפיה זכאים אנשים לבוא למדינה בדרישה הלגיטימית למעבר דרכה:

אעברה בארצך, לא ניטה בשדה ובכרם, לא נשתה מי באר, בדרך המלך נלך עד אשר נעבור גבולך (במדבר, כא 21).

הסירוב לתביעה זו נתפס שם כשרירות לב ואף כמצדיק מלחמה.

44. **המשפט הבינלאומי מכיר בקיומה של זכות מעבר (right of transfer) שיש בה משום הגבלה על עיקרון הריבונות.** מדינה מחויבת לאפשר מעבר בתחומה לנתינים זרים המבקשים להגיע למדינה אחרת. זכות המעבר מתקיימת כשהמעבר נחוץ (גם אם קיימות חלופות), וכשאין בו כדי לפגוע במדינה הנעברת. המעבר יכול שיהיה בתנאים שמטרתם להגן על אינטרסים לגיטימיים של המדינה הנעברת.

45. המלומד אופרטי מציין בספרו כי:

Jurists over the past six decades have definitely favored the view that States whose economic life and development depend on transit can legitimately claim it.

(K. Uprety, *The Transit Regime for Landlocked States: International Law and Development Perspectives* (The World Bank, 2006), p. 29).

46. כאשר מדובר במובלעת, זכות המעבר היא בעלת תוקף מנהגי ונובעת באופן טבעי מעצם קיומה של המובלעת. המלומד פאראן מבסס זאת, בין השאר, על העיקרון המשפטי לפיו חזקה על המעניק משהו, כי העניק גם את הדבר שבלעדיו ההענקה היא חסרת ערך (cuicunque aliquis auid concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa non potuit).

כדבריו של פאראן:

The law would not recognize the right of state A to a detached piece of its territory enclaved in state B's unless it was possible for state A to use that right. The existence of a right implies its exercise: without a right of free communication the rights of a state to its exclaves would be incapable of exercise and therefore nugatory. Hence there is no need for an express treaty between the two states concerned to give such a right: it is implicit in the very existence of the enclave. If a treaty is made, it may well regulate the exercise of this international way of necessity: but in its absence the right of way will still exist, for the necessity is still in being.

(d'Olivier Farran, C., *International Enclaves and the Question of State Servitudes*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol.4, No. 2. (Apr. 1955) 294, pp. 304).

47. זכות המעבר קיימת גם במקום שאין יחסי קירבה. מקרים קלאסיים, שעל הרקע שלהם התפתח עקרון זכות המעבר, הם המקרים של מדינות ללא גישה לים (כגון שווייץ או מדינות הקווקז),

מובלעות המוקפות במדינה אחרת (כגון מערב ברלין עובר לאיחוד גרמניה ומובלעת הר הצופים בשנים 1948-1967) ומדינות מפוצלות מבחינה גיאוגרפית (כמו השטחים הפלסטיניים).

48. במאמרו המקיף של המלומד לאוטרפאכט על זכות המעבר, הוא מתאר אותה באופן הבא:

On that view, there exists in customary international law a right to free or innocent passage for purposes of trade, travel and commerce over the territory of all States – a right which derives from the fact of the existence of international community and which is a direct consequence of the interdependence of States.

(E. Lauterpacht, Freedom of Transit in International Law, Transactions of the Grotius Society, Vol. 44 (1958), pp. 313-356, p. 320).

את האופי המנהגי של זכות המעבר מבסס לאוטרפאכט על כתבי מלומדים מגרוטיוס ועד ימינו, כמו גם על הפרקטיקה של המדינות. הוא מוכיח שעקרון היסוד של חופש המעבר חוזר בצורה אחידה באינספור אמנות דו-צדדיות ורב-צדדיות (האמנות המוקדמות ביותר שהוא מזכיר הן מהמאה האחת-עשרה), שהסדירו את היישום הקונקרטי שלו בהקשרים שונים: במעבר בנהרות ונתיבי מים או במעבר קרקעי בשטחיהן של מדינות שונות. הוא מראה כיצד אותו היגיון יושם בנוגע לנתיבים ימיים.

בין האמנות המודרניות והרחבות יותר מבחינת מספר הצדדים להן, ניתן להזכיר את האמנה בדבר הים הפתוח (1958) (סעיף 3, בדבר זכות גישה לים של מדינות ללא חוף ים); האמנה בדבר הים הטריטוריאלי והאזור הסמוך (1958) (סעיפים 14-24 בדבר מעבר תמים במים טריטוריאליים); אמנת האו"ם על המשפט הימי (1982) (סעיף 125 על זכות הגישה לים וחופש המעבר) והסכם GATT (סעיף V בדבר זכות המעבר).

49. זכות המעבר מותנית, כאמור, בהיעדר פגיעה במדינה הנעברת. לצורך זה יכולה הזכות להיות מותנית בתשלומים על הוצאות הכרוכות בעצם המעבר; בדרישות כגון הסגר למניעת הפצת מחלות, וכיוצא באלו. באשר לשיקולי ביטחון, כותב לאוטרפאכט:

In terms of the problem of transit, there is room for the view that States are not entitled arbitrarily to determine that the enjoyment of a right of transit is excluded by considerations of security. What they may do is, by reference to the factor of security, to indicate one route of transit in preference to another or, possibly, to allow the use of the route subject only to certain conditions. But it must be doubted whether the discretion of the State stretches beyond this.

(שם, עמ' 340).

50. גישה זו משתקפת באמנות שעייגנו בנסיבות קונקרטיות את העיקרון הכללי של זכות המעבר. זכות המעבר אינה חדלה מלהתקיים בעת חירום, ואף לא בעת מלחמה, אולם ניתן להגביל אותה בהתאם לנסיבות. ההגבלה צריכה להיות מינימאלית ככל הניתן – הן מבחינת היקפה והן מבחינת משכה.

51. ניתן לראות כי היקפה של זכות המעבר רחב מהיקפה של זכות הכניסה לשם שהייה, ועל כן נדרשים נימוקים בעלי משקל רב יותר בכדי לפגוע בה.

סיכום של דברים

52. הילדים מבקשים לעבור דרך ישראל מרצועת עזה לגדה המערבית, על מנת שיוכלו לחיות יחד עם אביהם, לאחר שנותרו מיותמים מאמם ואין מי שיטפל וידאג להם ברצועה. מדובר במימוש בסיסי של הזכות לחיי משפחה, כשטובת הילדים זועקת לשמיים.

53. סירוב המשיבים להתיר את מעברם של הילדים פוגע בזכויותיהם לחופש תנועה בארצם ובזכויות שמימושן תלוי בה, ובראשן הזכות לחיי משפחה.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בגדה המערבית ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין באי כוחם.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

21 במאי, 2015

בילאל סביחאת, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 83466]